

Caparra confirmatoria

Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"

CORTE COSTITUZIONALE, ord. 21 ottobre 2013, n. 248 – Pres. Silvestri – Est. Morelli

A fronte di una clausola negoziale (nella specie prevedente una caparra confirmatoria "eccessiva") che rifletta un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte, il giudice può rilevare *ex officio* la nullità (totale o parziale) *ex art. 1418 c.c.*, della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa, «funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato».

Ne consegue l'inammissibilità per difetto di motivazione in punto di rilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 1385, comma 2, c.c., nella parte in cui non prevede un potere del giudice di ridurre la caparra in ipotesi di manifesta sproporzione o ove sussistano giustificati motivi.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1385, comma 2, del codice civile, promosso dal Tribunale ordinario di Tivoli nel procedimento vertente tra P. S. ed altro e C. C. ed altro, con ordinanza del 10 ottobre 2012, iscritta al n. 2 del registro ordinanze 2013 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 5, prima serie speciale, dell'anno 2013.

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nella camera di consiglio del 25 settembre 2013 il Giudice relatore Mario Rosario Morelli.

Ritenuto che in un giudizio civile promosso per ottenere la restituzione di somma che gli attori assumevano versata come anticipo (in misura di circa un terzo del pattuito) per l'acquisto di un immobile, che non aveva poi potuto, però, aver luogo per la mancata erogazione, ad essi, di un mutuo bancario destinato a coprire il residuo prezzo l'adito Tribunale ordinario di Tivoli, premesso che nel preliminare di vendita, l'importo corrisposto dai promissari acquirenti, era stato testualmente qualificato come "caparra confirmatoria", ha sollevato d'ufficio, con l'ordinanza in epigrafe, questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, comma 2, del codice civile,

«nella parte in cui non dispone che - nelle ipotesi in cui la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra e nella ipotesi in cui, se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra - il giudice possa equamente ridurre la somma da ritenere o il doppio da restituire, in ipotesi di manifesta sproporzione o ove [...] sussistano giustificati motivi»;

che, ad avviso del rimettente, si prospetta, nella specie, una esigenza di bilanciata tutela del diritto della parte non inadempiente (cioè del venditore), a percepire la caparra, e dell'opposto interesse di quella inadempiente (cioè del promissario acquirente) a non perdere un capitale notevole, ed eccessivo nella sua quantificazione, a fronte di un (proprio) inadempimento che, «seppur colposo, certamente non è stato voluto e rispetto al quale si è adoperato in ogni modo per trovare una soluzione»;

che, però, l'automatismo della disciplina recata dalla disposizione denunciata non lascerebbe spazio al giudice per alcun rimedio ripristinatorio dell'equità oggettiva e

del complessivo equilibrio contrattuale; dal che il dubbio, appunto, della sua "irragionevolezza"; che è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha concluso per l'inammissibilità della questione, per omessa espressa indicazione dei parametri costituzionali violati; e, in subordine, per la sua non fondatezza.

Considerato che, dal contesto dell'ordinanza di rimessione, è chiaramente individuabile, nell'art. 3, comma 2, della Costituzione, il parametro rispetto al quale il giudice a quo sollecita la verifica di costituzionalità della disciplina della caparra confirmatoria, per sospetta sua «intrinseca incoerenza [...] rispetto alla complessiva finalità perseguita dal legislatore», per cui non risulta fondata l'eccezione di inammissibilità come sopra formulata dall'Avvocatura;

che la questione in esame è, però, comunque, manifestamente inammissibile per difetto di motivazione, in punto sia di non manifesta infondatezza che di rilevanza;

che, infatti, per il primo profilo, nel presupporre un oggettivo ed insuperabile automatismo tra l'inadempimento del *tradens* e la ritenzione della caparra confirmatoria da parte dell'*accipiens* (e, specularmente, tra l'inadempimento dell'*accipiens* e il diritto della controparte ad esigerne il doppio), il rimettente omette di considerare che ciò che viene in rilievo, anche nel contesto della disciplina del recesso recata dall'art. 1385 del codice civile, è comunque un inadempimento «gravemente colpevole, [...] cioè imputabile (ex art. 1218 c.c. e art. 1256 c.c.) e di non scarsa importanza (ex art. 1456 c.c.)», come ben posto in evidenza nella sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 533 del 2009; che, in punto poi di rilevanza, il Tribunale rimettente, per un verso, trascura di indagare compiutamente la

reale portata dei patti conclusi dalle parti contrattuali, così da poter esprimere un necessario coerente giudizio di corrispondenza del *nomen iuris* rispetto all'effettiva funzione della caparra confirmatoria; per altro verso, non tiene conto dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come, nella specie, egli prospetta) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. E ciò in ragione della rilevabilità, *ex officio*, della nullità (totale o parziale) ex art. 1418 c.c., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost., (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, «funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato» (Corte di cassazione n. 10511 del 1999; ma già n. 3775 del 1994 e, in prosieguo, a sezioni unite, n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009).

Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, commi 1 e 2, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, comma 2, del codice civile, sollevata, in riferimento all'articolo 3, secondo comma, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Tivoli, con l'ordinanza in epigrafe.

IL COMMENTO

di Giovanni D'Amico

Il Commento alle due recenti ordinanze della Corte costituzionale, che hanno affermato la possibilità per il giudice di dichiarare la nullità ex art. 1418, comma 1, c.c. (per contrasto con l'art. 2 Cost. e con il principio di "solidarietà sociale" ivi enunciato) della clausola contrattuale che preveda una caparra confirmatoria manifestamente eccessiva, evidenzia la problematicità (in questa come in consimili ipotesi) di una "applicazione diretta" dei principi costituzionali, e il rischio che essa produca esiti virtualmente "destabilizzanti" dell'intero sistema legislativo del diritto dei contratti.

Premessa. Il problema della "(ir)riducibilità" della caparra confirmatoria

Due recenti ordinanze (gemelle) della Corte costituzionale (1) - per quanto dichiarative

della *inammissibilità* della questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo* - non hanno mancato (e giustamente) di richiamare l'attenzione della dottrina civilisti-

(1) All'ordinanza del 13 ottobre 2013, n. 248 (sopra pubblicata) ha fatto seguito, a distanza di qualche mese, l'ord. 26 marzo

2014, n. 77 (Pres. Silvestri, red. Morelli), sostanzialmente identica alla precedente nell'argomentazione e nella soluzione.

ca (2). Non tanto (o non solo) perché si tratta di pronunce che (come non di rado accade nella giurisprudenza della Consulta) “suggeriscono” una particolare “interpretazione” delle norme sottoposte al vaglio di costituzionalità (interpretazione che sovente *equivale* ad un sostanziale accoglimento della questione di legittimità, pur a fronte di un formale rigetto o - come nel caso di specie - di un *fin de non recevoir* per inammissibilità), quanto piuttosto e proprio per il contenuto dell’interpretazione proposta, la quale - pur nella sinteticità della argomentazione - mette in discussione orientamenti giurisprudenziali che (sul punto specifico, e *nel merito* dello stesso (3)) sembravano assolutamente consolidati, e soprattutto solleva problemi generali di cruciale rilevanza in ordine alla diretta applicabilità dei principi costituzionali e ai poteri in tal senso del giudice ordinario.

Qual era la questione sottoposta al vaglio dei giudici della Consulta? Un contratto preliminare di vendita immobiliare era rimasto ineseguito da parte degli acquirenti, in quanto agli stessi era stata rifiutata l'erogazione di un mutuo, con il quale avrebbero dovuto essere pagati in sede di stipula del definitivo circa i due terzi del prezzo pattuito, essendo invece il restante terzo già stato versato al momento della conclusione del preliminare, sotto forma di caparra confirmatoria.

I promissari acquirenti avevano agito per ottenere la restituzione della somma versata, assumendo che essa costituisse un (semplice) “acconto” (del prezzo). Il giudice - ritenuto, invece, di trovarsi in presenza di una caparra confirmatoria (come, del resto, la qualificava esplicitamente la convenzione)

- aveva sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, comma 2, c.c. «nella parte in cui non dispone che (...) il giudice possa equamente ridurre la somma da ritenere o il doppio da restituire, in ipotesi di manifesta sproporzione o ove [...] sussistano giustificati motivi».

L'ordinanza della Corte statuisce l'inammissibilità (manifesta) della questione in quanto carente di motivazione sia sotto il profilo della (non) manifesta infondatezza sia sotto il profilo della rilevanza.

Sotto il primo profilo i giudici della Consulta contestano che vi sia l'“automatismo” (tra l'inadempimento del *tradens* e la ritenzione della caparra confirmatoria da parte dell'*accipiens*; ovvero, specularmente, tra l'inadempimento dell'*accipiens* e il diritto del *tradens* di pretendere il doppio della caparra) ritenuto dal giudice *a quo*, il quale - osserva il redattore dell'ordinanza - «omette di considerare che ciò che viene in rilievo, anche nel contesto della disciplina del recesso recata dall'art. 1385 c.c., è comunque un inadempimento “gravemente colpevole, [...] cioè imputabile (ex artt. 1218 c.c. e 1256 c.c.) e di non scarsa importanza (ex art. 1456 c.c.) ...».

Sotto il secondo profilo (ossia, in punto di “rilevanza”), i giudici della Consulta osservano che - a parte l'assenza (nell'ordinanza di rimessione) di una compiuta indagine «sulla reale portata dei patti conclusi dalle parti contrattuali» (indagine che avrebbe dovuto consentire di «esprimere un necessario coerente giudizio di corrispondenza del *nomen iuris* rispetto all'effettiva funzione della caparra confirmatoria» (4)) - quel che difetta è la considerazione dei «possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come, nella specie, egli prospetta) un

Le due ordinanze, tuttavia, non sono *totalmente* sovrapponibili: sia perché esiste una differenza nella motivazione, rappresentata dal mancato richiamo (nella ordinanza più recente) alla possibilità di una diversa *qualificazione* della clausola contrattuale (la differenza non è sfuggita a Pagliantini, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale: “il mondo di ieri” o un trompe l'oeil concettuale?*, *supra*, in questo stesso numero della *Rivista*); sia, e soprattutto, perché erano diversi i “casi” in relazione ai quali il giudice *a quo* (che, in entrambe le ipotesi, era il Tribunale di Tivoli) aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale (v. anche *infra*, quanto illustriamo alla nt. 19).

In particolare, nella fattispecie che veniva in rilievo nella ordinanza del 2014, ad agire era stato il promissario acquirente, chiedendo - in conseguenza dell'asserito inadempimento del promittente venditore -, la restituzione del doppio della (elevata) caparra versata al momento della conclusione del contratto.

(2) Oltre alle osservazioni contenute nello scritto di Pagliantini citato nella nota precedente, cfr. in particolare F. Astone, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di “penale” e nullità per violazione del dovere*

generale di solidarietà e di buona fede, in *Giur. cost.*, 2013, 3770 ss.; e F. P. Patti, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 685 ss.

(3) Un “merito” - è appena il caso di sottolinearlo - che solo apparentemente la Corte si astiene dal considerare, smentendo di fatto un orientamento interpretativo del tutto consolidato (almeno a livello giurisprudenziale).

(4) Non è chiaro quale sia la diversa “qualificazione” della clausola, ipotizzata nell'ordinanza della Corte costituzionale. Probabilmente, l'estensore dell'ordinanza immagina che la dazione della somma potesse essere qualificata - come avevano sostenuto nel giudizio di merito i promissari acquirenti - quale “acconto sul prezzo” (anziché come caparra confirmatoria). Meno plausibile è, invece, che l'alternativa qualificatoria fosse quella di considerare (eventualmente) la somma corrisposta all'atto della stipula come una “penale” (così invece F. Astone, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di “penale” e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, *cit.*, 3770 ss.; analogamente P. F. Patti, *op. cit.*, spec. 693 ss.). Sebbene la circostanza che la dazione della somma sia avvenuta “successivamente

regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte».

Questi (asseriti) “margin di intervento” sono in particolare (individuati e) indicati nel potere-dovere del giudice di rilevare e dichiarare (anche *ex officio*) «la nullità (totale o parziale) *ex art. 1418 c.c.*, della clausola stessa, *per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost.*, (per il profilo dell'adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà) *che entra direttamente nel contratto*, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis normativa*, “funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato” (Corte di cassazione n. 10511 del 1999; ma già 3775 del 1994 e, in prosieguo, a sezioni riunite, n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009)».

Così riassunto il contenuto essenziale (5) dell'ordinanza in questione, va subito detto che essa interviene su una questione attorno alla quale, in passato, si è più volte discusso, soprattutto in dottrina (gli orientamenti della giurisprudenza essendo invece - nel caso di specie - abbastanza univoci (6)): ossia, se possa ipotizzarsi una “riduzione” della caparra (confirmatoria) “eccessiva”, sebbene l'art. 1385 c.c. non faccia alcuna menzione di una simile eventualità, espressamente prevista invece dalla disposizione precedente (art. 1384 c.c.) a proposito della clausola penale.

Nonostante la vicinanza delle due norme lasci supporre che la diversità di disciplina sia (frutto di una scelta) *consapevole*, e che dunque non si possa ipotizzare una “lacuna” vera e propria (ossia, *involontaria*) nell'art. 1385 c.c., una parte della dottrina - partendo dalla premessa secondo cui esisterebbe una indubbia affinità *funzionale* tra la (clausola) penale e la caparra confirmatoria - ha sostenuto che

la regola della *riducibilità* sancita per la penale può essere *estesa analogicamente* anche alla caparra confirmatoria (7).

Questa possibilità è contestata tuttavia da altra (non meno autorevole) parte della dottrina (8) (oltre che -

e, soprattutto - dalla giurisprudenza), che evidenzia i molteplici profili che differenziano - sul piano strutturale, ma anche su quello funzionale - la penale e la caparra confirmatoria.

In questa logica si mette in evidenza, anzitutto, la *unilateralità* della penale a fronte della *bilateralità* della caparra (che graverà sull'*accipiens*, nel caso in cui sia questi ad essere inadempiente): primo profilo di differenza, che induce a ritenere “attenuato” (se non proprio escluso) il rischio di approfittamento e di abuso di un contraente nei confronti dell'altro (9).

In secondo luogo, la circostanza che la caparra sia (normalmente) versata al momento della conclusione del contratto, mentre la “penale” consiste in una somma di danaro “promessa” per l'ipotesi che si verifichi un inadempimento, induce a supporre che sia più difficile - nel primo caso - che si realizzi un “abuso”. Anche sul piano dell'interpretazione della clausola, è ragionevole supporre che la dazione di una somma (10) *elevata* al momento della conclusione del contratto vada intesa come (prestazione di un) “acconto”, anziché come “caparra” (a ciò inducendo anche la considerazione che quest'ultima qualificazione esporrebbe lo stesso *accipiens* all'eventualità - qualora dovesse essere lui, per avventura, a non adempiere alla propria obbligazione - di dover versare alla controparte il doppio della caparra ricevuta) (11).

Le considerazioni appena svolte forniscono, dunque, una spiegazione (se non proprio risolutiva, al-

te” alla conclusione del contratto non valga ad escludere in assoluto la qualificazione in termini di “caparra”, non è vero il reciproco (e cioè che una dazione *contestuale alla conclusione del contratto* - come era avvenuto nel caso di specie - possa essere qualificata come “penale”).

(5) La motivazione non va molto al di là delle frasi che sono state (ampiamente) riprese nel testo.

(6) Ma - è bene notarlo subito - in una direzione del tutto opposta a quella prospettata, adesso, dalle ordinanze della Consulta.

(7) In questo senso v., in part., V. M. Trimarchi, voce *Caparra* (*dir. civ.*), in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, 202 e nt. 46.

Ma va segnalato che altri autori, pur non negando l'analogia funzionale tra penale e caparra confirmatoria, escludono cionondimeno che la disciplina della prima (considerata *eccezionale*, sotto il profilo del potere giudiziale di riduzione della caparra) possa essere estesa alla seconda: cfr. Marini, *Caparra*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, 4.

(8) Cfr. Sacco, in Sacco - De Nova, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, II, 175, nonché De Nova, voce *Caparra*, in *Digesto disc. priv./Sez. civ.*, Torino, 1988, II, 241.

(9) Ferma l'osservazione (del tutto condivisibile) che «la bilateralità del rimedio non scaccia di per sé il rischio di abuso» (così Pagliantini, *op. cit.*).

(10) Il discorso che si fa nel testo non vale quando, a fronte di una prestazione pecuniaria da lui dovuta, il contraente versi non una caparra in danaro, bensì mediante la dazione di «una quantità di *altre cose fungibili*» (come recita l'art. 1385 c.c.). In quest'ultimo caso la qualificazione come “caparra” è fuori discussione.

(11) Come abbiamo già rilevato, è probabilmente a questa diversa (possibile) qualificazione che fanno riferimento i giudici della Consulta, laddove censurano la carenza di motivazione dell'ordinanza di rimessione in punto di rilevanza della questione sollevata nel concreto giudizio.

meno) plausibile, di una differenza di disciplina - sotto il profilo qui considerato - della penale rispetto alla caparra. La *riducibilità* della prima (sia pure come ipotesi, in qualche modo, *eccezionale*, e motivata da una *manifesta sproporzione*), e non anche della seconda, si spiegherebbe - insomma - con il minor rischio che la previsione di una caparra confirmatoria possa aprire la strada ad una pattuizione veramente "iniqua" (anche se questa eventualità non possa escludersi del tutto).

Meno convincente è un'altra spiegazione che è stata avanzata per giustificare la differenza di disciplina di cui ci stiamo occupando. Si è evidenziato - con indubbia acutezza (ma, cionondimeno, tutt'altro che persuasivamente) - che, mentre l'ammontare della penale è rimesso alla determinazione (libera) delle parti, quello della caparra sarebbe (per sua natura) *delimitato* dall'entità della prestazione dovuta dal contraente che presta la caparra, costituendo l'ammontare di questa prestazione il «limite massimo» che la caparra potrebbe raggiungere (12).

L'argomentazione - per quanto apparentemente suggestiva - non convince (13). Certo, se si pensa ad un contraente debitore di *prestazione pecuniaria* e ad una caparra corrisposta anch'essa *in danaro*, potrà apparire ovvio che la caparra *non* possa essere di ammontare (non diciamo superiore, ma neanche) eguale a quello della prestazione principale, per la semplice ragione che - ove ciò avvenisse - ci si troverebbe di fronte ad un *adempimento* (addirittura contestuale alla conclusione del contratto)

della prestazione principale (che toglierebbe - di fatto - qualsiasi ragion d'essere ad *ulteriori* dazioni da parte del contraente, e financo a qualificazioni delle dazioni effettuate in termini diversi da quelli di un *pagamento*). Anche l'ipotesi di una dazione (di denaro) *inferiore* (*ma di poco*) rispetto all'ammontare della prestazione principale mal si concilierebbe con una qualificazione in termini di "caparra", perché potrebbe dubitarsi che possa mai prospettarsi - in un caso del genere (e con riferimento al *residuo* prezzo da pagare, in ipotesi alquanto *esiguo*) - quell'inadempimento *grave* che deve sussistere perché l'*accipiens* possa pretendere (di recedere dal contratto e) di ritenere la caparra ricevuta (14).

Ma con riferimento ad una "caparra" che sia "rilasciata" attraverso la dazione (*non* di denaro, bensì) di «una quantità di altre cose fungibili», l'idea che il *valore* delle cose consegnate all'*accipiens* possa essere eguale, e financo superiore, a quello della prestazione (pecuniaria o meno) che il *tradens* è tenuto ad effettuare, comincia a diventare plausibile.

L'ipotesi consente di evidenziare un profilo che - contrariamente a quelli sin qui rimarcati, e almeno apparentemente - avvicina (piuttosto che allontanare) la "caparra confirmatoria" alla "penale": ossia il profilo per cui entrambi gli istituti danno vita a forme di liquidazione convenzionale (e anticipata) *del danno* (15). Questa "finalità" della caparra, come della penale, apre la porta alla possibilità che il valore della "quantità di cose fungibili" (diverse dal denaro) (16) che vengano consegnate a titolo

(12) Così A. Marini, *Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, spec. 178 ss., 180.

(13) Critica la tesi di Marini, sia pure con argomentazioni diverse da quelle che svolgiamo nel testo, anche Zoppini, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 288, e Id., *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006, 1027.

(14) A volte l'entità particolarmente elevata della "caparra" può tradire un uso (per così dire) "anomalo" (o "indiretto") della caparra, quale strumento per realizzare finalità diverse (e, sovente, illecite) da quelle proprie dell'istituto.

Ad es., attraverso la dazione di una (cospicua) "caparra" (asseritamente versata in occasione della stipula di un "preliminare" di vendita) è possibile nascondere quello che è propriamente un "prestito" che il *tradens* eroga all'*accipiens*, tutelandosi dal rischio (in ipotesi elevato) di mancata restituzione (in tutto o in parte) della somma "mutuata" attraverso la pattuizione di interessi particolarmente elevati, e, anzi, addirittura usurari (infatti, la restituzione del "doppio della caparra", in caso di inadempimento del simulato preliminare di vendita, comporterebbe il pagamento di interessi pari al 100%, o anche superiori se il termine pattuito per la stipula del definitivo dovesse essere inferiore all'anno).

Un altro esempio di uso "fraudolento" al quale si potrebbe prestare lo strumento della caparra potrebbe aversi nell'ipotesi in cui un debitore prossimo ad essere dichiarato insolvente in-

tenda favorire taluno dei propri creditori: in tal caso, sempre ricorrendo ad un fittizio preliminare di vendita (con versamento di una cospicua caparra), si potrebbe "legittimare" la restituzione del doppio della caparra (ove si verifici il programmato inadempimento del preliminare), sottraendo (o, almeno, *tentando* di sottrarre) tale "pagamento" ad una eventuale azione revocatoria.

Infine - e si tratta, questa volta, di un tema più volte evocato dalla dottrina (cfr., per tutti, Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957 [rist. Napoli, 2013], 232 ss.) - è possibile immaginare un uso della caparra in funzione *elusiva* del divieto di alienazioni "commissorie" (ricavabile dall'art. 2744 c.c.). La dazione di una caparra (attraverso la consegna di cose fungibili diverse dal denaro, che l'*accipiens* acquisterebbe il diritto di "ritenere" in caso di inadempimento) potrebbe costituire una forma di "garanzia" sostanzialmente "commissoria" (e si tratterebbe - a seconda dei casi - di verificare se ci si trova di fronte ad atti simulati o ad una operazione *in fraudem legis*).

(15) E si tratta, ovviamente, del profilo che viene enfatizzato dagli autori che affermano la possibilità di estendere *analogicamente* alla caparra la regola della "riducibilità", dettata dall'art. 1384 c.c. a proposito della penale.

(16) Ma potrebbe immaginarsi la stessa cosa anche con riferimento ad una caparra in denaro, che "garantisca" l'adempimento di una prestazione non pecuniaria (il cui valore sia - in sé - inferiore a quello della caparra, ma il cui inadempimento

di caparra (17) possa *anche* (per quanto rara si prospetti l'eventualità) superare il valore della prestazione dovuta, soprattutto quando il *danno* conseguente all'inadempimento si configuri come prevedibilmente elevato, e - in ipotesi - superiore al valore della stessa prestazione in relazione alla quale si effettua la dazione della caparra (18).

Una domanda che, allora, è necessario porsi è la seguente: in relazione a quale parametro (può e) deve essere valutata la "congruità" (*id est*: la *non eccessività*) della caparra? Al *valore della prestazione* oppure (come sembra senz'altro corretto ritenere) *all'entità del danno* che potrà scaturire dall'inadempimento del *tradens*? Ancora, e ulteriormente: quale che sia il parametro alla stregua del quale venga effettuata la valutazione, si può ipotizzare che l'esito della stessa risulti identico tanto se si considera la caparra in relazione alla prestazione *del tradens* quanto se la si considera in relazione alla prestazione dell'*accipiens* (ove sia quest'ultimo - in conseguenza del proprio inadempimento - a dover prestare il *doppio della caparra ricevuta*) (19)?

possa provocare un danno notevolissimo, e di gran lunga più grave del valore della stessa prestazione).

Un esempio (sia pure "di scuola") potrebbe essere quello di un avvocato di grande fama che si impegna (per un compenso di 100.000 euro) a difendere un cliente in una causa "milionaria", e che versa una "caparra" di 120.000 euro a "conferma" dell'impegno assunto. Ove l'avvocato dovesse abbandonare la difesa, il cliente potrebbe trattenere la "caparra" (che, in ipotesi, potrebbe risultare inferiore al danno che egli possa aver subito per non aver potuto usufruire dell'assistenza del famoso legale).

(17) Il problema, infatti, sembra porsi solo (o prevalentemente) in questa ipotesi. Quando, invece, la caparra sia corrisposta "in denaro", l'ipotesi di una sua "eccedenza" rispetto al valore della prestazione può profilarsi (sia pure come caso "di scuola") solo con riferimento ad una prestazione diversa da un'obbligazione pecuniaria.

(18) Si pensi, per fare un esempio, alla promessa di erogare una fideiussione, necessaria per concludere un contratto (o per partecipare ad una gara) di rilevante valore.

(19) Il caso esaminato dalla seconda ordinanza della Corte costituzionale (la n. 77 del 2014), che forma oggetto del presente commento, può essere utilmente richiamato per illustrare il problema.

La fattispecie era "speculare" a quella esaminata nella ordinanza n. 248/13. Si trattava sempre dell'inadempimento di un preliminare di vendita, ma questa volta ad essere inadempiente era il promittente venditore, al quale la promissaria acquirente aveva versato una cospicua caparra al momento della conclusione del contratto. Anche in questo caso il giudice ritiene che sia "ingiusto" che (in via "automatica", e senza alcuna possibilità di eventuale "riduzione" da parte del giudice) il contraente adempiente possa "beneficiare" della caparra, quando questa sia particolarmente elevata.

(20) Abbandonata questa prospettiva fuorviante (ossia la prospettiva che lega la "congruità" della caparra al valore della prestazione anziché all'entità del danno), si può spiegare quello che altrimenti appare *prima facie* come un esito paradossale (e difficilmente giustificabile), e cioè che in ipotesi di caparra di entità equivalente o addirittura superiore al "valore della pre-

La prima domanda, ci avverte che - se proprio si vuole supportare la (asserita) analogia tra caparra e penale - occorre abbandonare l'idea che la "congruità" vada valutata in relazione al (valore del)la "prestazione" (20), dovendo essa semmai essere considerata in relazione all'entità del (prevedibile) "danno" che il contraente non inadempiente potrebbe ricevere dalla mancata esecuzione del contratto da parte dell'altro (21).

La seconda domanda - peraltro - ci rende altresì consapevoli che (anche operata la necessaria "parametrazione" della congruità, all'entità del danno piuttosto che al valore della prestazione inadempita) la "bilateralità" della caparra (a fronte della "unilateralità" della penale) si risolve probabilmente in una accentuazione del carattere (per così dire) "convenzionale e *soggettivo*" sotteso alla valutazione di "congruità" (della caparra), e finisce allora nuovamente per corroborare quella differenza di disciplina tra caparra e penale, consistente nella *irriducibilità* della prima a fronte della *riducibilità* (sia pure eccezionale) della seconda.

stazione" il contraente non inadempiente consegua "quanto gli era dovuto" *restando peraltro esonerato dall'obbligo di eseguire la propria prestazione*.

Il paradosso è solo apparente (e, del resto, ammesso che esso sussista, ricorrerebbe anche nell'ipotesi della penale). In realtà, è bensì vero che il contraente che ha diritto a trattenere la penale ricevuta (o a vedersi restituito il doppio di quella versata) consegue un "vantaggio" *senza contropartita*, ma in realtà questo c.d. "vantaggio" non è altro che la *compensazione* (convenzionalmente e forfettariamente predeterminata) per il *danno* che il contraente fedele viene a risentire in conseguenza dell'inadempimento dell'altra parte.

(21) È evidente che - di norma - ci sarà un rapporto tra il valore della prestazione che il contraente deve ricevere e l'entità del danno che egli può risentire in caso di inadempimento. Questa corrispondenza è, tuttavia, soltanto *tendenziale*, e la liquidazione "convenzionale" (e anticipata) del danno sembra proprio adattarsi (sia pure in via non esclusiva) all'ipotesi in cui possa esservi divergenza tra il valore della prestazione inadempita, *in sé considerata*, e l'entità del pregiudizio (*anche non patrimoniale*) che il creditore può subire in conseguenza dell'inadempimento. Soprattutto la "penale" sembra avere la funzione (anche) di segnalare al debitore l'entità di questo (possibile/prevedibile) "danno", specie quando al pregiudizio "patrimoniale" possa aggiungersi un danno "non patrimoniale" (tradizionalmente più difficile da provare).

Si aggiunga che una parte della dottrina discorre apertamente di un carattere "sanzionatorio" che sarebbe proprio della caparra confirmatoria (e che accosterebbe questo istituto alla penale), e tale carattere emergerebbe proprio quando «l'entità della somma consegnata alla conclusione del contratto è *manifestamente superiore* rispetto al danno che può derivare dall'inadempimento» (così Dellacasa, *La caparra confirmatoria*, in *Tratto del contratto*, dir. da V. Roppo, vol. V, *Rimedi* (cur. Roppo), Milano, 2006, 349 ss., 353, ove si legge altresì che «... quando, invece, la misura della caparra è compatibile con l'entità del danno, è verosimile che le parti abbiano inteso non tanto sanzionare il debitore per il suo inadempimento quanto liquidare preventivamente il risarcimento, prefigurando, nel contempo, lo scioglimento stragiudiziale del contratto»).

La soluzione prospettata dalle ordinanze nn. 248/13 e 77/14 della Corte costituzionale

Il quadro “complesso”, che si è descritto nel paragrafo precedente, viene drasticamente “semplificato” dalle due ordinanze della Corte costituzionale, oggetto del presente commento.

Il ragionamento svolto dal redattore delle due ordinanze è sintetizzabile come segue: ammesso di trovarsi di fronte ad una fattispecie di caparra (22), non è detto che sia inevitabile considerare l'art. 1385 c.c. come una norma contenente una “lacuna” (laddove esso non prevede un potere giudiziale di riduzione della caparra “eccessiva”), perché il problema della “eccessività” della caparra può (e deve) essere risolto “a monte”, ritenendo la clausola che prevede una caparra “sproporzionata” come nulla (*in tutto o in parte*) ai sensi dell'art. 1418 c.c., per contrasto con l'art. 2 Cost. (e con il principio di solidarietà sociale in detta norma consacrato).

Da questa affermazione consegue (così almeno sembrerebbe) che:

a) se la clausola prevedente la caparra dovesse essere considerata *totalmente nulla* (23), la caparra deve essere restituita al contraente (inadempiente) che l'aveva corrisposta (o non sarà dovuta all'altra parte dal contraente inadempiente che l'aveva ricevuta) (24);

b) se la clausola prevedente la caparra dovesse, invece, essere considerata (solo) *parzialmente nulla*, allora il giudice potrebbe *ridurre la caparra* entro i limiti in cui l'entità della stessa risulti non eccessiva (o, se si vuole, non sproporzionata).

(22) Le ordinanze della Corte (o meglio, solo la prima: v. *re- tro*, nt. 1) sollevano il dubbio che la fattispecie concreta potesse ricevere (da parte del giudice *a quo*) una qualificazione diversa.

Naturalmente, questa eventualità è per noi poco interessante, in quanto esclude *in radice* i problemi di cui qui si discute.

(23) Non è chiaro, per la verità, in base a cosa il giudice dovrebbe sciogliere l'alternativa tra nullità *totale* ovvero *parziale* della clausola.

A parte i dubbi circa la possibilità di dichiarare la nullità *ex art.* 1418, comma 1, c.c. in relazione ad *una singola clausola* (anziché all'intero contratto), osserviamo che ancora più problematica si presenta l'ipotesi di una nullità “parziale” della clausola, ipotesi che sembra risolversi in una semplice “variante nominalistica” di un *potere di riduzione giudiziale*, il cui esercizio varrebbe a riportare la clausola *entro i limiti del lecito*.

Su questi problemi sia consentito rinviare a D'Amico - Paggiantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013.

(24) Una ulteriore conseguenza della (ipotetica) nullità *totale* della caparra dovrebbe essere quella per cui il contraente non inadempiente *conserva la possibilità* (a quel punto costituente una via “obbligata”, e non l'oggetto di una scelta opzionale quale la configura l'art. 1385 c.c.) di chiedere la risoluzione

(giudiziale) del contratto, e la liquidazione dei danni secondo le regole ordinarie.

Tre osservazioni.
La prima consiste nel constatare - premesso che l'ipotesi della nullità *parziale* della (clausola prevedente la) caparra “eccessiva” è, presumibilmente, quella che il redattore dell'ordinanza ha in mente - che il *risultato* finale non è molto diverso da quello cui si perviene affermando l'applicabilità analogica del potere di riduzione giudiziale della penale (e dunque dell'art. 1384 c.c.) anche alla caparra.

La seconda considerazione non può non prendere atto, tuttavia, del fatto che *a questo risultato* si pervenga (seguendo il ragionamento dei giudici della Consulta) in maniera *del tutto diversa* rispetto all'impostazione corrente. Una cosa, infatti, è dire che il potere giudiziale di riduzione della penale previsto dall'art. 1384 c.c. può essere esteso *analogicamente* anche alla fattispecie della caparra (perché ricorrono - e *purché ricorran*o - tutti i presupposti dell'*analogia legis*: sussistenza di una *lacuna* in senso proprio, sussistenza di una *eadem ratio* tra il caso regolato e quello non regolato, *non eccezionalità* della norma di cui si predica la estensibilità in via analogica (25)), altra cosa è dire che quel potere sussiste in base ad un *principio generale* (nel nostro caso, di rango costituzionale: principio della *solidarietà sociale*, di cui all'art. 2 Cost.) del quale si assume la immediata e diretta applicabilità nei rapporti tra privati (*c.d. Drittwirkung*) (26).

La terza ed ultima osservazione è che i giudici della Consulta *non propugnano ? si badi bene ? una interpretazione adeguatrice* (o, come anche si dice, *conforme alla Costituzione*) dell'art. 1385 c.c. (come pure sarebbe stato - astrattamente - possibile fare) (27), ma assumono che questa norma sia (nella

(giudiziale) del contratto, e la liquidazione dei danni secondo le regole ordinarie.

(25) È soprattutto sotto quest'ultimo profilo, come si è già evidenziato, che la dottrina e la giurisprudenza solitamente escludono l'estensione analogica della “riducibilità” della penale anche alla caparra, in quanto si considera “eccezionale” il potere conferito al giudice di “correggere” il contratto.

(26) Le premesse teoriche sottese alla motivazione delle ordinanze in commento si rinvengono in un saggio di alcuni anni fa dell'autore dei due provvedimenti: Morelli, *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, 3 ss.

(27) Sul tema cfr. nella letteratura più recente, i contributi raccolti in Femia (cur.), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, ed *ivi* - in particolare - gli scritti di: Perlingieri, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, 1 ss.; Palombi, *La Corte costituzionale tra interpretazione correttiva e interpretazione adeguatrice*, 73 ss.; e Presta, *Dalle norme programmatiche all'applicazione diretta*, 361 ss.).

Si veda anche, nella dottrina costituzionalistica, il recentissimo contributo di Panzera, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013, *passim* (cui si rinvia anche per in-

sua lettura corrente: vale a dire nella lettura che ... esclude un potere del giudice di "correggere" la caparra, sancendo così la immodificabilità della stessa) del tutto legittima dal punto di vista costituzionale, purché però inserita in un "sistema" nel quale si riconosca (come l'estensore delle due ordinanze è convinto debba farsi) l'esistenza di un *generale potere conformativo* del giudice rispetto al contenuto negoziale, valutato alla luce dei principi costituzionali (e della clausola di buona fede) (28).

Giova insistere, ancora un attimo, su quest'ultimo punto. La preservazione dell'art. 1385 c.c. da dubbi circa una possibile illegittimità costituzionale da parte della Corte è possibile non perché la Consulta faccia propria l'interpretazione corrente della disposizione (29) (come apparentemente sembrerebbe), bensì perché i giudici costituzionali *modificano radicalmente i termini del problema*.

Secondo l'interpretazione corrente, invero, il giudice non può "correggere" la caparra, perché l'art. 1385 c.c. non lo prevede, e non esiste un *potere correttivo "generale" che possa riconoscersi al giudice rispetto al contenuto del contratto*.

Anche secondo l'impostazione dei giudici della Consulta, l'art. 1385 c.c. non prevede uno (speciale) potere "correttivo" della caparra, epperò (questa specifica previsione in realtà non serve, perché) l'autorizzazione del giudice ad intervenire (correggendolo) sul contenuto del contratto deve conside-

rarsi *generale* (e dunque applicabile anche in questo caso, senza bisogno di una norma specifica), costituendo i principi costituzionali e le clausole generali come la "buona fede" un *limite dell'autonomia privata*, dalla cui violazione può farsi discendere la *nullità* delle convenzioni tra privati (30).

Non occorre spendere molte parole per evidenziare il carattere dirompente di una impostazione siffatta. Non si tratta, infatti, di propugnare una interpretazione ovvero un'altra di una specifica o di specifiche disposizioni, bensì di introdurre un'idea che - nella sua apparente semplicità - contiene un principio "eversivo" dell'intero diritto contrattuale.

Se i "principi" costituzionali (e le clausole generali) sono *direttamente* idonei a conformare il potere di autonomia privata, viene "relativizzata" d'un solo colpo qualsiasi regolamentazione legale dell'esercizio di tale potere, perché qualsiasi *limite* potrà (più o meno agevolmente) ricondursi ad un principio costituzionale (o ad una clausola generale), sicché la sua esplicita previsione da parte del legislatore *non aggiungerebbe nulla* che non sia già immanente nel "sistema" (31), e, per converso, la mancata previsione espressa non impedirebbe affatto di affermare comunque l'esistenza del limite (ricavandolo da principi e clausole generali). Il destino di (buona parte) delle norme del diritto contrattuale si collocherebbe, così, nell'alternativa tra una valutazione di *inutilità/superfluità* della loro produzione

diazioni circa la copiosa bibliografia in argomento).

(28) Si spiega in tal modo il risultato (apparentemente) paradossale e contraddittorio che le ordinanze della Corte costituzionale sembrano propugnare: da un lato escludendo che la norma rispetto alla quale era stata sollevata la questione di legittimità possa dirsi in contrasto con la Costituzione, dall'altro però giustificando questo esito con una lettura del tutto "nuova" del sistema (v. quanto diciamo nel testo).

(29) Il c.d. "diritto vivente", concetto sul quale si vedano, almeno: Mengoni, *Diritto vivente*, in *Jus*, 1988, 19 ss. (e poi anche in *Dig. disc. priv./Sez. civ.*, Torino, 1990), e Zagrebelsky, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, I, 1152 ss.

Ulteriori indicazioni bibliografiche nel recente contributo di Santorelli, Il c.d. diritto vivente tra giudizio di costituzionalità e nomofilachia, in *Femia* (cur.), *Interpretazione a fini applicativi*, cit., 509 ss.

(30) Secondo Pagliantini, *L'equilibrio soggettivo dello scambio*, cit., «sostenendo che la caparra iniqua è *in parte qua* nulla, sistematicamente *si fa salvo* il principio che la rettifica giudiziale è soggetta ad un principio di stretta legalità».

L'A., peraltro, aggiunge immediatamente che «epperò, non v'è chi non lo veda, la nullità parziale della prestazione patrimoniale iniqua diventa un modo per *aggirare* la tassatività *de qua*».

A noi sembra - come scriviamo nel testo - che l'effetto dell'impostazione della Corte sia più radicale: non si tratta infatti del mantenimento del principio di stretta legalità (*recte*: tassatività) delle ipotesi di rettifica giudiziale del contratto, accompagnato dal suo *aggiramento* (sostanziale). La verità è che il principio viene *radicalmente negato* nel momento in cui si af-

ferma che esiste un *generale potere correttivo* del contenuto contrattuale, sia pure esercitabile attraverso una declaratoria di nullità.

Sotto quest'ultimo profilo non deve ingannare la differenza (che è puramente nominalistica) tra una clausola *valida, ma illegittima* che il giudice potrebbe "ridurre" (sarebbe il caso della penale eccessiva) e una clausola *nulla (ma solo) parzialmente*, che sarebbe soggetta a caducazione fino a ricondurla alla soglia "lecita" (sarebbe il caso della caparra confirmatoria eccessiva). In entrambi i casi il risultato non cambia, e - anzi - la stessa distinzione concettuale or ora evocata si rivela - a ben vedere - fragile, se si accoglie l'argomentare della Corte costituzionale. Non c'è motivo infatti per considerare nulla (parzialmente) una caparra confirmatoria eccessiva, e per ritenere che invece sia valida (ancorché riducibile) una penale parimenti eccessiva.

(31) È appena il caso di osservare che i modi e le forme in cui le diverse "norme" dell'ordinamento (scaturenti da fonti di diversa natura, e intrecciate tra loro attraverso articolazioni sempre più complesse) "fanno sistema" - *recte*: sono componibili in un complesso organico ed unitario - costituisce esso stesso un problema (o, se si vuole, *il problema*).

Per un primo orientamento tra diverse posizioni prospettabili al riguardo, si vedano rispettivamente: Perlingieri, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir.-civ.*, 2005, 188 ss., spec. 202 ss., e Falzea, *La Costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 261 ss. (e ora in *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 456).

ed esistenza (comunque surrogabili attraverso regole direttamente ricavate da principi o clausole generali), e la considerazione - nella migliore delle ipotesi - del loro contenuto come meramente *orientativo e tendenziale* (potendo quel contenuto essere disatteso/superato attraverso una regola diversa, tratta dai suddetti principi e clausole generali).

Difficile immaginare un esito maggiormente in contrasto con il *principio dell'autonomia privata* (ammesso che un tale "principio" si possa - a questo punto - considerare ancora esistente e dotato di un significato non meramente nominalistico).

Si badi: non si pensa affatto, ovviamente, di negare la possibilità che le norme che disciplinano (i limiti del)l'autonomia contrattuale possano essere assoggettate ad un controllo di legittimità costituzionale, come appunto chiedeva (con riferimento all'art. 1385 c.c.) il giudice *a quo*, nella vicenda di cui ci stiamo occupando. Ma altro è che sia il giudice costituzionale a sancire (eventualmente) l'illegittimità di una norma del legislatore che non ponga limiti (o non ponga limiti di un certo tipo) all'autonomia contrattuale, altro è che si affidi al giudizio del singolo giudice ordinario la valutazione se il concreto atto di esercizio dell'autonomia privata contrasti o meno con un principio costituzionale (nella specie: il principio di solidarietà sociale).

In quest'ultimo caso, qualsiasi pattuizione (pur formalmente consentita dalla legge, o comunque da essa *non vietata*) si troverebbe esposta ad un sindacato giudiziale dall'esito imprevedibile, in quanto ogni giudice potrebbe ritenere (o meno) violato un principio costituzionale (ad es., per restare al tema, il principio di solidarietà sociale) secondo variabili (e inevitabilmente *soggettivi*) parametri.

Nel caso di specie, per es., si dovrebbe dire che sarebbe molto più "stabile" la pattuizione di una (clausola) penale, che le parti sanno poter essere messa in discussione solo in caso di *eccessività manifesta* dell'importo pattuito (come recita un articolo di legge, art. 1384 c.c.), piuttosto che la dazione di una caparra confirmatoria (magari di importo inferiore) che potrebbe essere ritenuta eccessiva dal giudice *senza alcun predeterminato parametro* che circoscriva l'ambito della valutazione discrezionale a lui (in ipotesi) riservata.

Epilogo. La complessità "perduta" e la (insostenibile) "leggerezza" della semplificazione. Dalla valutazione «secondo diritto» alla valutazione «secondo equità»

C'è ancora una ragione che induce a considerare con sguardo critico le ordinanze in esame.

Si sono esaminate, nelle pagine precedenti, le molteplici ragioni che sono (presumibilmente) alla base della scelta del legislatore del codice civile di non estendere anche alla caparra (confirmatoria) quella regola di "riducibilità" (sia pure rigorosamente circoscritta, in modo da farla apparire come senz'altro "eccezionale") che l'art. 1384 c.c. sancisce invece per la penale.

La contestualità rispetto alla conclusione del contratto, e, soprattutto, la "bilateralità" della penale, sono - in questa prospettiva - elementi plausibilmente decisivi (come abbiamo visto) per dare fondamento (*ratio*) ad una differenziazione che solo una lettura superficiale potrebbe considerare immotivata e arbitraria (anche se questo non significa che la disciplina prevista sia l'*unica possibile*).

Dettando la disposizione dell'art. 1385 c.c., il legislatore ha dunque operato una ponderazione degli interessi in gioco, determinando la regola (nel caso di specie, la regola della *intangibilità della caparra*) che all'esito di tale ponderazione è apparsa la più congrua in relazione alla natura, alla finalità e al meccanismo di funzionamento della caparra confirmatoria.

Introdurre la possibilità di uno scrutinio - da effettuarsi, addirittura, ai fini di un giudizio di *validità* della clausola - circa la "congruità" dell'ammontare della caparra, significa sostituire alla valutazione compiuta dal legislatore (nel senso - si ripete - di una *intangibilità assoluta* della caparra), una regola diversa (che potrebbe definirsi di *intangibilità relativa*); ma, soprattutto, significa rimettere alla variabile valutazione del giudice la decisione circa la validità o meno (nei singoli casi concreti) della caparra convenuta tra le parti.

Valutazione che, oltre tutto - lo si è già rilevato -, in quanto effettuata sulla base di "parametri" quanto mai vaghi e indeterminati ("solidarietà sociale", "buona fede") porterebbe inevitabilmente ad esiti diversissimi, senza neanche la possibilità di trovare un criterio (almeno) orientativo in una qualche direttiva fornita dal legislatore (come avviene - a proposito della penale - con l'indicazione

secondo la quale la “riducibilità” è subordinata all’esistenza di una “manifesta eccessività”) (32).

(32) Si tocca qui uno dei profili problematici più rilevanti tra quelli che sono sollevati dal tema della “applicazione diretta” delle norme (*rectius*: dei principi) costituzionali.

Com’è noto, una delle caratteristiche (della maggior parte) dei testi costituzionali è costituita dalla elevata “indeterminatezza” che connota l’enunciato normativo, come si conviene del resto a formule che hanno la funzione di esplicitare valori e principi di grande generalità e di notevole (potenziale) estensione applicativa. Ulteriore espressione di questa natura dei precetti costituzionali è l’assolutezza della enunciazione di ciascuno di essi, rimanendo affidato ad una successiva opera di *bilanciamento* (da parte del legislatore, o anche del giudice) il contemperamento tra opposti valori e principi che siano (in ipotesi) contemporaneamente coinvolti nella concreta situazione oggetto di considerazione.

Viceversa, le “ordinarie” norme legislative sono disposizioni che hanno come scopo (di regola) proprio quello di risolvere un conflitto di interessi, soluzione che presuppone il “bilanciamento” tra gli opposti interessi e valori, che vengono in rilievo nel conflitto in questione (cfr., di recente, Mannella, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell’applicazione diretta del testo costituzionale*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, ove si legge che «la funzione di un codice dovrebbe essere quella di fornire una risposta univoca, uno stabile punto di equilibrio degli interessi divergenti che vengono a trovarsi in conflitto; una costituzione moderna, invece, si trova a contenere valori, interessi, programmi, principi indicati come assoluti, spesso contrapposti tra loro e non bilanciati. Un codice dovrebbe guidare verso risposte univoche e stabili, *dovendo ogni suo articolo fissare il punto di equilibrio, la sintesi tra gli interessi sociali che si trovano in conflitto: proprietario e locatore, venditore e compratore, socio e amministratore*, trovano tutti, negli articoli del codice, la composizione dei loro interessi divergenti e del loro potenziale conflitto. *In una costituzione moderna sarebbe vano cercare “istituti che conciliassero opposte esigenze”. I valori, interessi, programmi in essa riposti sono dichiarati in termini assoluti e spesso generici, contrapposti gli uni agli altri, senza la possibilità di fissare preventivamente il punto della loro mediazione.* Non è perciò la quantità e forse neppure la generalità dei principi ricavabili dal testo quello che distingue la costituzione dalle leggi, quanto piuttosto il fatto che tali principi vengono enunciati come assoluti e non bilanciati ...»; corsivi aggiunti).

Le considerazioni appena svolte dovrebbero, allora, rendere evidente tutta la problematicità dell’idea che sia possibile ricavare dai principi costituzionali “regole” *direttamente (e immediatamente)* idonee a disciplinare i conflitti interprivati (e ciò - si badi - è tanto più vero quanto più “specificata” sia la “regola” che si pretenda di desumere dal principio).

Si consideri ad es. il principio (costituzionale) di “solidarietà sociale”. Già è problematico ritenere che tale principio - in sé considerato - si riferisca *anche* a quella particolare “relazione” che è costituita dal rapporto obbligatorio tra un creditore e un debitore (rapporto che vede contrapporsi - per lo più - gli interessi “individuali” di due soggetti). Ma, ammesso pure che si immagini di ricomprendere nell’ampia formula (costituzionale) della “solidarietà sociale” anche la relazione tra un creditore e un debitore, è evidente che da quel principio non potrà trarsi se non un *generico orientamento* circa la disciplina da applicare a questo o quel profilo di detta relazione (nella quale, fra l’altro, non è affatto detto che la “parte debole” - e, dunque, bisognosa di “solidarietà” - sia, in tutte le situazioni, il debitore piuttosto che il creditore), non potendosi certo pretendere di desumere da esso regole di dettaglio, tanto più quando dette regole sono già poste dal legislatore.

In quest’ultimo caso, infatti, facultare il giudice (ordinario) a disciplinare diversamente il concreto rapporto *in applicazione diretta di un principio costituzionale* implicherebbe che si rico-

Al di là dell’esito *paradossale* già segnalato (la riducibilità della penale - espressamente prevista -

nosca al giudice un generale potere di *deroga alla legge*, ossia il potere di far prevalere (su quello del legislatore) un diverso *bilanciamento degli interessi* in gioco, sulla base di una propria interpretazione della Costituzione. Orbene, che tutto ciò non sia possibile *al di fuori di una specifica autorizzazione (legislativa)* non sembra affermazione che richieda soverchie giustificazioni.

Il che non significa - come già osservato - che non siano configurabili discipline (dettate dal legislatore ordinario) da riconoscere come contrarie a principi costituzionali: solo che detta “contrarietà” dovrà essere accertata e dichiarata *nelle forme previste* (ossia, in particolare, attraverso un giudizio di legittimità costituzionale e una pronuncia della Corte costituzionale, atteso che il nostro ordinamento non contempla il c.d. “controllo diffuso di costituzionalità”).

Del resto non può considerarsi in contrasto con quanto appena detto né il dovere (del giudice ordinario) di “interpretazione conforme alla Costituzione” (dovere che comporta bensì l’obbligo di prescegliere - tra più interpretazioni possibili della legge ordinaria - quella che si ritiene maggiormente conforme ai principi costituzionali, ma che presuppone altresì che la norma applicabile sia pur sempre una norma *di fonte legislativa*), né i casi - in verità alquanto rari - in cui può ritenersi che la disposizione costituzionale successiva incompatibile con una normativa di legge ordinaria sia immediatamente e direttamente *abrogativa* di tale normativa (che potrà dunque essere senz’altro *disapplicata* dal giudice ordinario, senza che si renda necessaria una previa pronuncia della Corte costituzionale). Proprio quest’ultima ipotesi rafforza (anziché indebolire) il discorso qui svolto: i casi di “applicazione diretta” cui si fa riferimento (v., da ultimo, Mannella, *op. cit.*, la quale richiama l’esempio dell’applicazione “diretta” delle disposizioni della legge cost. n.3/2011, di riforma del titolo V della Cost., quale emerge dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha ritenuto senz’altro “abrogate” le precedenti norme di legge “incompatibili”, ad es. quelle che attribuivano il potere regolamentare al Governo in materie non più incluse nella competenza legislativa statale) riguardano infatti disposizioni costituzionali che sono sufficientemente “dettagliate” e “specifiche” sì da consentire di identificare in maniera evidente ed indiscutibile il contrasto con le stesse delle preesistenti norme di legge ordinarie. Il che conferma che, quando invece detto contrasto non sia *evidente ed indiscutibile* (nel senso che la norma costituzionale, in quanto norma *di principio*, non consenta di desumere immediatamente una specifica *regula iuris* chiaramente incompatibile con quella dettata dal legislatore ordinario) spetterà al Giudice costituzionale accertare e dichiarare la “incompatibilità” (e le ragioni della stessa).

Un’ultima considerazione induce infine ad evidenziare come la plausibilità dell’ordine di idee appena esposto sia confermata da quanto viene da tempo affermato in materia di “diretta applicabilità” delle disposizioni della Cedu, problema riguardo al quale si è osservato che una “antinomia”, astrattamente risolvibile con la tecnica della disapplicazione della norma interna e della diretta applicazione della norma della Convenzione, può prospettarsi solo quando «le disposizioni della Cedu possono essere qualificate come immediatamente precettive, nel senso che esprimono un comando sufficientemente dettagliato da ritenersi direttamente attributivo alla persona di un diritto direttamente esigibile ed azionabile ...» (così Deodato, *L’efficacia della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali nell’ordinamento italiano. La questione della disapplicazione: un problema sopravvalutato?*, in www.giustizia-amministrativa.it).

Per una riflessione teorica sulle implicazioni derivanti dalla generalità ed in determinatezza dei principi costituzionali, e dallo “scarto” tra detti principi e le norme ordinarie, si veda il fondamentale contributo di Farias, *Idealità e indeterminatezza*

sarebbe soggetta a limiti, che invece non vi sarebbero per la caparra, rispetto alla quale quella “riducibilità” non è esplicitamente contemplata (33)) non può non evidenziarsi come si dia qui la conferma più evidente di quanto si affermava poco sopra: e cioè che un modo siffatto di ragionare finisce per rendere inutili/superflue previsioni normative specifiche (in questo caso, la previsione della “riducibilità” contenuta nell’art. 1384 c.c.), nella misura in cui queste delineano “soluzioni” comunque attingibili sulla base di principi e clausole generali (facendo a meno, pertanto, di una previsione esplicita e specifica).

Del resto le aporie non si fermano qui, e - da un punto di vista sistematico - esse si palesano, se possibile, ancora più gravi di quanto sino ad ora segnalato.

È noto, ad es., che - nei contratti dei consumatori - in base all’art. 33 comma 2 lett. f) del Codice del consumo si presume vessatoria la clausola che ha per oggetto o per effetto di «imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell’adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d’importo manifestamente eccessivo».

Secondo l’opinione prevalente (34) - se pur non incontrastata (35) - la disposizione in esame, vista l’ampiezza della sua formulazione letterale, è considerata riferibile anche alla caparra confirmatoria.

Ne consegue che la clausola che prevede la corresponsione (da parte del consumatore) di una caparra “manifestamente eccessiva” può essere dichiarata nulla, in particolare ove non venga vinta la presunzione di vessatorietà (cosa che può accadere, ad es., se il professionista fornisce la prova che la clausola ha formato oggetto di trattativa individuale).

Dunque, un regime che differenzia - così sembrerebbe - la disciplina della caparra confirmatoria nei contratti del consumatore rispetto a quella

che trova applicazione nei contratti che potremmo chiamare “di diritto comune”, ammettendo nei primi (e sia pure solo a favore del consumatore) quella tutela contro la manifesta eccessività della caparra, sconosciuta ai contratti “tra eguali”.

Orbene, *non sarebbe più così*, se si dovesse seguire il ragionamento delle due ordinanze della Corte costituzionale, oggetto del presente commento. Anzi - e, ancora una volta, paradossalmente - la tutela del contraente sarebbe minore (anziché maggiore) quando questo contraente sia un “consumatore”, perché in tal caso la “vessatorietà” (e dunque la nullità) della clausola potrebbe risultare *esclusa*, se si prova che vi sia stata una specifica “negoiazione” al riguardo, prova che invece sarebbe ininfluenta in un contratto che risulti stipulato “tra eguali” (36).

L’assurdità dell’esito esonera da qualsiasi ulteriore commento sul punto, e consente di avviare a conclusione il discorso, non senza però accennare ad un’ultima considerazione.

Il ruolo (inedito) che ordinanze come quelle in esame (che si allineano, peraltro, ad un modo di ragionare sempre più diffuso, che esse contribuiscono al tempo stesso ad alimentare) attribuiscono ai “principi” (costituzionali) e alle clausole generali, è un ruolo sul quale occorre portare una grande attenzione, evitando adesioni semplicistiche che rischiano di smarrire (sull’altare della c.d. “giustizia del caso concreto”) regole e principi fondamentali del diritto contrattuale.

Il rischio è quello di trasformare un ordinamento “di diritto scritto”, quale formalmente continua ad essere il nostro, in qualcosa di diverso. Detto altrimenti, il rischio è quello di affiancare - senza che ciò trovi supporto in una modificazione formale del sistema delle fonti - al diritto “scritto” (basato sulla legge) un diritto di fonte “giurisprudenziale” (fondato sull’equità), considerato idoneo a derogare al primo ogni qualvolta le caratteristiche del ca-

dei principi costituzionali, Milano, 1981, spec. 161 ss.

(33) Il che potrebbe persino far sorgere qualche dubbio di legittimità costituzionale, questa volta sotto il profilo della *irragionevolezza* della diversità di trattamento (art. 3 Cost.).

(34) Cfr., ad es., Navarretta, in Bianca, Busnelli, (a cura di), *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *NLCC*, 1997, 261 ss.; Lener, in *Trattato dei contratti* dir. da P. Rescigno e E. Gabrielli, *I contratti dei consumatori* (a cura di E. Gabrielli e E. Minervini), Torino, 2005, 236 s.

(35) Vedi, infatti, l’opinione contraria di Tullio, *Il contratto per adesione. Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori*, Milano, 1997, 126.

Alcuni autori ritengono che, poiché l’art. 33, comma 2, lett.

f) si riferisce soltanto al consumatore, la norma non dovrebbe trovare applicazione qualora le clausole in essa previste riguardino (come dovrebbe accadere per la “caparra confirmatoria”) entrambe le parti: cfr., ad es., Atelli, *Chi troppo vuole ottiene (appena) il dovuto più faticosamente: per un’ipotesi di coordinamento degli artt. 1384 e 1469-bis co. 3 n. 6 c.c.*, in *Danno e responsabilità*, 1998, 207.

(36) È un risultato non diverso da quello che abbiamo, in altra occasione, avuto modo di segnalare, con riferimento alla materia del credito al consumo: cfr. D’Amico, *Credito al consumo e principio di relatività degli effetti contrattuali (considerazioni “inattuali” su collegamento negoziale e buona fede)*, in *Contratti*, 2013, 712 ss., spec. 718-719.

so concreto segnalino come “ingiusto” l’esito che in base ad esso dovrebbe essere sancito (37).

Una trasformazione di questo genere - indipendentemente dal fatto che la si consideri o meno auspicabile - richiede però una discussione, e pre-

suppone un percorso assai più complesso e ampio di quello che poche righe di motivazione di una ordinanza di inammissibilità sono suscettibili di (fare) compiere.

(37) Per più ampie considerazioni al riguardo, sia consentito il rinvio a D’Amico, *Principi clausole generali e norme specifiche*, in ed.